HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例（2・完）：釣りゲータウン 2 事件
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究 = Intellectual Property Law and Policy Journal, 42: 89-123
Issue Date	2013-03
DOI	
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/52393
Right	
Type	bulletin (article)
Additional Information	
File Information	42_03.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

著作権の保護範囲に関し著作物の「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めた裁判例(2･完)―釣りゲータウン２事件―

田　村　善　之

Ⅲ　本件における類似性の具体的な判断手法について

１　問題の所在

最判平成13.6.28民集55巻４号837頁［江差追分］の説く２つの基準のうち、「本質的な特徴の直接感得性」基準に独自の意義を認めることなく、「創作的な表現の共通性」一本で著作権侵害の一要件と目される類似性の成否[55]を判断することとした場合、本件は具体的にどのように扱うべきなのであろうか。以下、この立場の下での具体的な適用に関する一般論を提示したのち、本件に対する当てはめを試みてみよう。とりわけ、本件に関しては、素材と配列の相関関係とでも呼称すべき処理がよく妥当する事案であるように思われる。

[55] 具体の事案に言及しながら、裁判例における著作権の保護範囲を俯瞰するものとして、田村・前掲注６・58～107頁、荒竹純一『ビジネス著作権法』(2006年・産経新聞出版)344～447頁、山根崇邦［判批］知的財産法政策学研究18号231～248頁(2007年)、津幡笑［判批］知的財産法政策学研究24号103～106頁(2009年)、比良／前掲注27･127～145頁、丁／前掲注29･235～278頁、比良友佳理［判批］知的財産法政策学研究37号320～378頁(2012年)。

２　創作的な表現の共通性に関する一般論

１）共通しているところが創作的なものでありかつ表現であること

著作権の保護範囲が創作的表現が共通しているか否かで画されるということは、前掲最判[江差追分]が明言したように、「表現上の創作性がない部分」であるか、「表現それ自体でない部分」が似ているに過ぎない場合には、保護が否定されることを意味する。つまり、権利を主張する者（以下、便宜上、原告）の著作物と、被疑侵害者（以下、便宜上、被告）の両著作物に共通している部分もしくは模倣された要素に創作性がない場合か、または、表現ではない場合には、著作権侵害は否定されることになる。以下、敷衍する。

① 共通性

第一に、そもそもの前提として両者に共通している要素がなければ話は始まらない。

この場面において、創作性のある要素が共通であるかどうかということは、著作物の利用に対する需要者の観点から決すべきである[56]。市場で代替するものであるからこそ著作権者の著作物の利用に対する市場を奪い、創作のインセンティヴを害すると考えるからである。前掲最判［江差追分］以降、裁判例で好んで使われる用語に従えば、「本質的な特徴」が共通しているか否かということは需要者の視点に立って判断されることになる。

② 創作性

第二に、共通している要素に創作性がなければならない。原告著作物と被告著作物に共通している要素が、著作者が創作したものであることが必要となる。前掲最判［江差追分］以降の裁判例の用語に従えば、それが「本質的な特徴」の要件の一つであるということになる。

当該要素が創作性を満たすためには、著作者が接していた既存の表現とは異なることが必要となる（たとえば、パズルの侵害が争点となった事件で、複数の原告のパズルにつき原告パズル以前には見当たらないことを創

[56] 参照、田村・前掲注６・79頁。理由付けこそ異なるところがあるが、「被告著作物を享受する一般的な鑑賞者の視点」を考慮すべしとする横山／前掲注41・斉藤退職295頁も参照。

作性の有無、ひいては著作権侵害の成否を判断する一つのメルクマールとした判決として、東京地判平成20.1.31平成18（ワ）13803［右脳を鍛える大人のパズル］）。

あくまでも著作者が主観的に接した著作物との乖離度が問題になるのであって、客観的な新規性のようなものが必要とされるわけではない、と理解すべきである[57]。多様性の世界である文化の世界においては、他と異なるものを創作するという活動にインセンティヴを与えるべきである反面、著作物が同じものとなることは滅多にないのだから、権利が重複する弊害もさして大きいものではないからである[58]。ゆえに、この場面では、創作後に創作された著作物と似ていることは考慮されない[59]。

---

[57] 反対、椙山・前掲注43・62・64頁。

[58] 田村・前掲注6・14頁。

[59] 学説では、近時、創作性は表現の選択の幅である旨を説く見解が有力に提唱されている（中山信弘「創作性についての基本的考え方」著作権研究28号（2003年）、同「著作権法における思想・感情」特許研究33号5頁（2002年）、横山久芳「編集著作物概念の現代的意義－『創作性』の判断構造の検討を中心として－」著作権研究30号139頁（2004年））。

たしかに、選択の幅が広ければ、緩やかな基準で創作性を肯定して著作物性を認めても、他者は他の選択肢を採用する余地が多分にあるので、著作権の存在が文化の発展を害するおそれは少ないかもしれない。反面、選択の幅が限られていれば、厳格な基準を用いて創作性が肯定されることが稀であるような方向で運用した方が文化の発展に資することになるだろう。その意味で、選択の幅の着眼点には正鵠を射たところがある。

もっとも、これらの学説の中に、後発者にとってどの程度の選択肢があるのかということをメルクマールにするものがあること（中山／前掲・著作権研究10頁）に対しては疑問を覚えるところがある（こうした見解を「競争法的選択の幅論」と位置付けたうえで批判するものに、上野達弘「著作者の認定」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』（新・裁判実務大系22・2004年・青林書院）235～236頁、同「著作物性（1）総論」法学教室319号166～169頁（2007年））。元来、著作権に関するその後の取引のことを考えれば、著作物性の有無は創作の時点で確定していることが望まれるところ、この見解の下では、その論理的な帰結として、創作後に環境が変化し選択の幅が狭まった場合（たとえば標準が設定されたり、互換性の条件が変化するなど）、かつては著作物であったものが創作性を否定されたりすることになるは

③ アイディアと表現の区別

第三に、共通している要素が表現でなければならず、アイディアであってはならない。これまた「本質的な特徴」の一要件を構成する。

表現の選択肢が限定されている場合には、アイディアとみなされる領域が広くなり、著作権の保護の範囲が狭くなる反面、選択肢が豊富である場合には、逆にアイディアではなく表現とされる領域が広くなり、著作権の保護の範囲も広くなる。裁判例では、「創作性の高低」によって保護範囲の広狭が変わると説かれることが多いが（東京高判平成12.11.30平成10(ネ)3676［アサバン印刷］、東京高判平成14.9.5判時1811号127頁［サイボウズ］、東京高判平成13.9.27判時1774号123頁［解剖学実習］、大阪地判平成16.11.4判時1898号117頁［薬理学論文］、東京高判平成16.11.24平成14(ネ)6311［ファイアーエムブレム］）、同じ趣旨を目指すものといえよう[60]。

この場面では、創作後に創作された著作物も、創作の選択の余地を考慮するために斟酌されることになる（主人公、ペガサス、ドラゴン、馬、踊り、アーマー、盗賊、魔道士、斧、剣、弓というユニットが、（著作権者

ずだからである。ゆえに、選択の幅なるものは、創作時点において創作者が直面していた選択の幅の問題として位置付けるべきだろう（上野／前掲・法学教室が提唱する「創作法的選択の幅論」、なお、横山／前掲156頁もほぼ同旨の結論に至りつつ、同176頁で中山／前掲・著作権研究も同旨であると位置付ける）。

結論として、選択の幅というものは、創作性を認める際に、（創作者が主観的に創作時に認識していた）既存の著作物からどの程度乖離すると著作物性が認められるのかという、既存の著作物に対する乖離度を画する基準であると理解すべきである。そのうえで、競争法的選択の幅論が配慮する後発者の創作の自由は、別途、本文で述べたようにアイディアと表現の区別のところで斟酌し、選択の幅が狭いときにはアイディアとされる領域が拡がると理解すべきであると思われる（「選択の幅」なる用語こそ用いないが、創作の「自由度」によって著作権侵害における類似性の要件、すなわち著作権侵害の保護範囲が変わることを主張するものとして、田村・前掲注6・63～71頁）。このように解することで、創作時点以降の環境の変化により著作物性が否定されるというドラスティックな取扱いではなく、保護範囲を調整するという形で、後続の創作の自由を確保しうることになる。侵害の成否を決する時点で保護範囲を調整する方策は、一般に著作権の制限規定の解釈として行われているところであり、特に異とするに必要はないと考える。

[60] 前述注59の整理も参照。

のゲーム制作後のものを含めて）他のゲームでも登場する一般的なものであることを侵害を否定する方向に斟酌した判決として、前掲東京高判［ファイアーエムブレム］[61]）。

そして、共通している部分が表現であるかアイディアであるかということを判断する際の判断基準は、創作者の観点から決せられるべきである。創作の自由を確保することがアイディアと表現の区別の趣旨だからである[62]。

２）両著作物の共通要素の比較

① 全体比較か部分比較か

以上のように、著作権にあっては、創作的表現といえるまとまりが再生されていれば侵害になる。原著作物の創作的表現が再生されている限り、付加された部分（多寡は問わず）があっても侵害は侵害である[63]。たとえ

---

[61] 同判決は、「控訴人らは、特許権のように厳密に被控訴人ゲームの制作時点を基準にして当該他のゲームが公知であったかどうかを問題とすべきであると主張するが、テレビゲームの著作物としての特性などを考えると、被控訴人ゲームの創作性の有無や程度を判断する上で、被控訴人ゲームの制作後相当期間内のゲームも考慮に入れることは、特段の事情がない限り、許されるというべきである」旨を説く。説示としては「創作性の有無や程度」を判断する際の考慮事情とされており、また「テレビゲームの著作物としての特性」のような曖昧な理由付けや、「制作後相当期間内」など趣旨を完全に解明することが困難な文言も紛れ込んでいる。しかし、当該説示は、具体的には濾過テスト（本文２）③で後述）を用いたうえで両ゲームに共通する要素について「創作性の有無や程度」を問うものであるから、著作物性の要件としての創作性というよりは、著作物の類似性ないし著作権の保護範囲として考慮すべき創作的表現の共通性を論じているのである。結論として、当該説示は、そこで掲記された共通要素は、いまだ創作的表現の域に達しておらず、アイディアの領域に止まっていることを述べていると理解することができる。

[62] 参照、田村・前掲注６・79頁。

[63] 他方で、本稿のように個々の表現を対比して創作的な表現が再生されているか否かということに着目するのではなく、両作品の「全体」を比較して判断するということを前提とする文献もある（前述注38参照）。全体の比較を重視する結果、部分が類似していても全体として異なれば非類似であると帰結することをも許容する見解もある（山本／前掲注41）。裁判例でも、東京地判昭和43.5.13下民集19巻5=6号

ば、ドラマの前半の基本的ストーリーが共通しているのであれば、後半に大きな相違があるとしても著作権侵害を免れるものではない（東京地判平成5.8.30知裁集25巻2号310頁［悪妻物語？］、東京高判平成8.4.16知裁集28巻2号271頁［同］）。いまだ創作的な表現とはいえないような部分のみを複製する場合に、はじめて侵害が否定されることになるに過ぎない。

ゆえに、元の著作物の創作的な表現部分が再生されている限り、その再生部分が侵害者の著作物のごく一部に過ぎなかったとしても、著作権侵害であることに変わりはない。たとえば、盗用部分が被告書籍の本文217頁中のわずか2頁に過ぎなかったとしても著作権侵害というに十分である。この場合、被告書籍全体と原告書籍の全体を比較して、当該盗用部分は枝葉末節に過ぎないなどと抗弁しても、功を奏するものではない（東京地判昭和53.6.21無体集10巻1号287頁［日照権］）。さらに、最近では、わずか2行の文章について著作権侵害を肯定しつつ、当該部分を削除しない限り、被告書籍全体の印刷、発行、頒布の停止を認容する裁判例がある（東京地

257頁［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー一審］は、個別の旋律にはかなり似通った部分があるとしても、両著作物を全体として対比した場合に、被告の作品には原告の作品にない日本歌謡調を示す旋律が挿入されていることを侵害を否定する方向に斟酌している。さらに、判旨は、別の箇所で、特定の旋律に類似性が認められれば、それ以上に他の部分が相違していたとしても侵害には変わりはない旨の原告の主張を明示的に退けている。

しかし、この立場からは、前掲東京地判［日照権］のように被告書籍中、原告書籍からの盗用部分が2頁に過ぎないというような場合には、217頁中215頁も相違がある以上、「全体」が異なるから著作権侵害は否定されるということになるはずである。これに対して、2頁でも作品とみなしうるまとまりがある場合には「全体」の模倣であるなどと弁解するとすれば、何が著作物の「全体」なのかという判断枠組が不明となり、「全体」論が問題解決に繋がらないということを自ら露呈することになろう。以上のように部分、全体ということを論じる意味がない以上、文献中、散見される「著作物の個数」なる概念は、類似性の範囲を決するに際して何ら役に立つものではない（駒田／前掲注6の包括的批判も参照）。結論として、創作的な表現たりうる部分の盗用があれば、著作権法上、保護に値する著作物と判断されたものが模倣されているのであるから、たとえそれが数小節あるいは数頁であったとしても、著作権侵害というに十分であると解すべきである（大野／前掲注52・205頁）。

判平成22.1.29平成20（ワ）1586［破天荒力］）[64]。同様に、最終頁に掲載された9点のうちの1点であり、縦4cm、横5cm程度と頁全体の大きさに比してごく小さい写真のみが著作権を侵害していたという事件でも、著作権侵害が肯定されることに変わりはない（那覇地判平成20.9.24平成19（ワ）347［写真で見る首里城］）[65]。

② 多面的なレヴェルでの侵害の成立の可能性

このように著作権者や被疑侵害者が提示している著作物のまとまりの一部といえども、創作的表現であれば著作権侵害が成立するということは、著作権侵害の成否を決する際には、具体的なところから抽象的なところま

---

[64] もっとも、具体的な事案は、「彼は、富士屋ホテルと結婚したようなものだったのかもしれない」という被告書籍『破天荒力　箱根に命を吹き込んだ「奇妙人」たち』の叙述が、「正造が結婚したのは、最初から孝子というより富士屋ホテルだったのかもしれない」という原告書籍『箱根富士屋ホテル物語』の叙述に関する著作権を侵害すると判断された事例である。2行とはいえ創作的表現と認められるのであれば著作権侵害となるという限りにおいては同判決の取扱いに間違いはない。問題は、ただそれが本当に創作的表現かというところにある。ただし、このような短文を創作的表現と認めることはアイディアの独占を招くおそれがあるがゆえに、同判決の当てはめは誤りであったといえる。現に、知財高判平成22.7.14平成22（ネ）10017他［破天荒力］は、この2行の部分も著作権侵害を否定し、原判決を取り消している（しかし、川端康成の小説『雪国』の冒頭の「国境の長いトンネルを抜けると雪国であった」という文章について著作物性を否定する田村・前掲注6・15頁を意識したのか、前掲東京高判［ファイアーエムブレム］は、この文章にも創作性を認めている）。

[65] ちなみに、同判決は、著作権侵害を肯定して損害賠償請求を認容しつつ、損害の額が軽微であること、被告はすでに多額の投資をして発行済みの写真集の販売をできなくなることを理由に、差止請求を棄却している（旧版に掲載された写真の再掲載の事案であり、著作者の退職と職務著作の範囲に関する誤解が絡んでいたことも斟酌している）。相当な理由に基づいて、関係特殊的投資がなされている場合に（田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』（2003年・有斐閣））、著作権者と侵害者の経済的な利益を衡量して差止請求を否定する判決として注目されるが（田村善之「イノヴェイションの構造と特許制度のあり方」同・前掲注1・ライブ講義知的財産法252～253頁、同「特許権と独占禁止法・再論－権利vs.行為規制という発想からの脱却－」日本経済法学会年報32号63頁（2011年））、この判決とて、著作権侵害を肯定していることに変わりはない。

で、様々なレヴェルのうちのどこかで創作的表現が共通していれば、侵害が成立するということを意味する。具体性の高いところが共通しており、そこが創作的な表現とされる場合に具体性の高いところでの共通性で侵害が肯定される反面、抽象度の高いところが共通しており、そこが創作的な表現とされる場合には、抽象度の高いところの共通性で侵害が肯定される。

たとえば、小説などで、数頁単位で近視眼的に文章同士を比較するとあまり似ていないが、より大きく数十頁単位の各章毎に出来事の流れを見ていくとよく似ているという事例では、「全体」比較論に立たずとも、かなり大きな単位の比較で侵害が肯定されるということはありうる。本件においても、個別の表示画面のみならず、全体の画面の遷移においても著しい共通性が認められるために、著作権侵害を肯定すべきこと、後述するとおりである。これらは両者に共通している創作的な表現のレヴェルの位相の抽象度が高い事例であるというに過ぎない。この場合にも、抽象度が高きに失し、もはやアイディアとみなされるべきところのみが共通しているに止まる場合には、侵害が否定されることになる。決め手はあくまでも創作的表現であるか否かということでしかない。

③ 二段階テストと濾過テスト

ところで、著作権侵害の成否を決定する手順としては、本稿がさきほどから解説しているような、当初から被疑侵害者の利用している著作物をも睨んだうえで、双方に共通している要素を取り出し、そこが創作的な表現と認められるのかということを吟味するという手法（＝濾過テスト：filtering test）[66]ばかりでなく、著作権（を主張する）者の著作物のみに着目して創作性を判断し、そのうえで被疑侵害者の著作物を観察して、著作権の創作的な表現と認められる部分が再生されているか否かということを検討するという二段階作業（＝二段階テスト）を行うやり方も採用することができる。

両者はいずれも理論的に成り立つ手法であり、どちらかが正しいというものではないが、創作的な表現と認めた部分とは無関係なところが共通しているに過ぎないにも拘わらず類似性を肯定してしまうという、まま見か

[66] 名称の由来につき、参照、前述注37。

ける過ちを防ぐという点では、濾過テストの方に分がある[67]。さらにいえば、既述したように、両著作物の比較は、具体性の高いところから低いところまで、様々なレヴェルで遂行しなければならないものであるが、濾過テストを用いることによって、両著作物が共通しているレヴェルに焦点を当てることが可能となる。前掲最判［江差追分］は、明示的に濾過テストを採用したという点でも注目される[68]。

とはいえ、創作的表現の共通性という基準を採用する限り、運用の仕方さえ誤らなければ、いずれの方法を採っても、著作権侵害の要件に本来、変わるところはないこともまた確かである。

3）編集著作物における保護範囲

① 著作権法12条1項の意義

ところで著作権法12条1項は、編集物でその素材の選択又は配列によって創作性を有するものを「編集著作物」とすると定めている。問題は、この規定が、創作性、ひいては著作権の保護範囲について独自の意義を認める規定なのかということである。

しかし、「編集著作物」と認定されることにより創作性の要件の判断基準が異なるのだとすると、何が「編集著作物」であり、何がそうでない著作物なのかという判断をなさなければならないことになる。ところが、どのような著作物でも、素材の選択、配列をなすという要素はある。たとえ

---

[67] 田村・前掲注6・48頁。

[68] 同判決は、原告の著作物と被告の著作物の双方に共通している要素（判旨の言葉を借りれば、「同一性を有する部分」）は何かということを明らかにし（本件では、「江差町がかつてニシン漁で栄え、そのにぎわいが『江戸にもない』といわれた豊かな町であったこと、現在ではニシンが去ってその面影はないこと」、「現在の江差町が最もにぎわうのが江差追分全国大会の時であるとすること」、「本件ナレーションの運び方は、本件プロローグの骨格を成す事項の記述順序と同一で」あることの三点であるとされた）、そのうえで、当該要素がアイディアに過ぎないのか、それとも表現といえるのか（前二者はこの点で侵害が否定された）、かりに表現と見ることができるとしても、創作的なものといえるのか（最後のものはこの点で侵害が否定された）、ということを吟味しており、明らかに濾過テストによっている（田村／前掲注4・1440～1441頁）。

ば、私が関与したものでも、中山信弘＝大渕哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』（第４版・2009年・有斐閣）（おそらくは誰もが「編集著作物」であるというであろう）と、増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド』（第４版・2012年・有斐閣）（？）、そして田村善之『著作権法概説』（第２版・2001年・有斐閣）（おそらくは誰もが「編集著作物」であるとはいわないであろう）のいずれもが、重要度の高いと思われる裁判例を選択し、それを編者ないし著者の体系観に基づいて分類し配列するという手法を採用している。裏から見れば、このように限界線を引くことが困難であるということは、著作物一般の中から「編集著作物」というカテゴリーを取り出してきて別異に扱うほどの質的相違を認めがたいということを意味している。12条１項は、著作物の創作性について他と異なる取扱いをする趣旨ではなく、確認的に設けられているに過ぎないと理解すべきであろう[69]。

12条１項が確認的規定と解される以上、保護の範囲に関しても編集著作物を別異に取り扱う理由はない。前述したように、何が「編集物」であり、何がそうではないかという境界線を引くことが困難であるところ、「編集物」であるということを理由にして、たとえばアイディアとすべきところまでをも保護することを許容するとすれば、第三者に不測の不利益を与える可能性がある。編集著作物の侵害事件においても、他の著作物と同様、元の（編集）著作物の創作的な表現が再生されているか否かということが類似性の判断基準となる、と解される[70] [71]。

---

[69] 田村・前掲注６・23～24頁。

[70] 田村・前掲注６・80頁。

[71] 他方で、学説では、労力等の投資のインセンティヴを確保するために、既存の著作権法のアイディアと表現の区別を相対化し、一般的な理解の下では創作的表現の再生がないような場合であっても類似性を肯定して、著作権侵害の範囲を拡げるべきであるといったような議論がなされることがある。ここでは著作物すなわちアイディアでない創作的な表現という形で著作権法が権利の範囲を確定することとした特定の知的創作物の利用行為を超え、解釈によって権利範囲を拡張することが試みられている（横山久芳「編集著作物に関する基礎的考察」コピライト475号３～６頁（2000年）、同／前掲注59・140～153頁、潮海久雄「編集著作物の保護に関する基礎理論的考察－創作性・保護範囲の判断に与える影響－」著作権研究27号175～185頁（2003年）、中山信弘『著作権法』（2007年・有斐閣）111～118頁）。これは、アメ

② 選択と配列の近似度と素材の近似度

このように編集著作物に独自の意義が認められず、一般的な著作物に過ぎないということであれば、ある著作物が素材の選択と配列に（も）創作性があるからといって、素材の選択と配列の共通性にのみ焦点を当てなければならないわけではない。本件において、被告は、原告著作物を編集著作物だと定義したうえで画面の遷移の共通性にのみ焦点を当てなければ

リカ合衆国において、いわゆる“sweat of the brow”（額に汗）の理論により著作権の保護を肯定した過去の下級審の裁判例を批判し、電話会社が自己の契約者をアルファベット順に配列したというだけではoriginalということはできないと判示したFeist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340 (1991)（ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注37・117～128頁に邦訳があり、蘆立順美『データベース保護制度論』（2004年・信山社）25～27頁に詳しく検討されている）の影響の下、単なるデータの集積に対しては創作的表現と認めることはできないとする通説的な見解（東京地判平成13.5.25判時1774号132頁［スーパーフロントマン中間判決］）に対して反旗を翻そうとするものである。

しかし、第一に、著作権法に内在する問題として、著作権というのは非常に広範に文化を規律する法であるだけに、競業規制にとどまらず広範に利用行為を禁止しているので、これを網羅型データベース等に持ってくると規制される行為が過剰に広いものとなりはしないか、という問題が生じる（牧野さゆり「米国における編集著作物の保護について」北大ジュニアリサーチジャーナル5号（1998年）、田村・前掲注6・24～25頁）。創作という要素を欠くとすれば、このような広範な規制は正当化することが困難であり、むしろ、著作権法内で競業行為のみを規制すれば十分ではないかという再反論が可能であろう。

第二に、外在的な問題として、規制手法の役割分担、現に不法行為の保護があり（自動車整備業者向けに製造販売される自動車の網羅的なデータベースについて著作物性を否定しつつ、その大半をコピーして競業に用いる行為に対して不法行為該当性を認めた判決として、前掲東京地判［スーパーフロントマン中間判決］）、そうでなくとも、個別の特別立法を設ける可能性もあるのだから、なにゆえ著作権法を選択しなければならないのかということが問われるべきであろう（田村／前掲注1・新世代知的財産法政策学の創成20～21頁、同／前掲注1・ライブ講義知的財産法511～512頁）。アイディアと表現の区別、創作的表現の再生といった、著作権法に備わった、司法の場等での無限定の権利の拡張を食い止める概念装置（田村善之「知的創作物の未保護領域という発想の陥穽について」同・前掲注1・ライブ講義知的財産法46～47頁）を崩す必要はないのではなかろうか。

ならず、素材の内容自体の創作的表現の共通性を見てはならないかのごとき主張をなしている由であるが、正鵠を射ていない。そもそも、編集著作物という独自のカテゴリーを認めるか否かとは無関係に、前述したように、創作的表現の共通性は、多面的なレヴェルで判断しなければならないものである。ゆえに、素材の選択と配列ばかりでなく、選択ないし配列されている素材にも目を配る必要がある。

再び『著作権判例百選』を引き合いに出してみよう。『著作権判例百選』を見て同じ事件を100個採り上げ、各事件の裏話等を綴った『著作権判例百話』を編纂した場合、この『百話』は『百選』の著作権を侵害することになるであろう。しかし、私が『著作権判例百選』を読んで大いに刺激を受け、『著作権法概説』なるテキストを作成したのだが、そのテキスト内に採り上げられている事件の数はちょうど100個で、しかもその100個は『著作権判例百選』の事件と全く同じものであったとした場合、「『素材』の選択が共通しているから、著作権侵害となる」と断言してよいのであろうか。

当たり前のことながら、選択や配列の基準が同一であっても（ex. 偶数番号のみ選択であるとか、アイウエオ順で配列するなど）、素材が異なれば、表現も異なるものになる。編集著作物とされるものであっても保護されるものが表現であることに変わりはない。素材の選択と配列に創作性を認めることができるといったとしても、それが著作物として保護されるのは、それが創作的な表現であると評価できるからにほかならない。この場合、素材も表現の一部である[72]。したがって、選択や配列が一緒であっても、その結果出来上がった表現が創作的な表現の再生とはいいがたいほどに異なるものとなるような場合には、もはや著作権侵害と評価してはならないのである。『百選』と『百話』では、選択や配列の対象となった個々の素材は、著作権法の観点から見ればいまだ共通のものと評価できるようなものであるかもしれない。しかしテキストである『著作権法概説』においては、本文の中に個々の事件が埋没しており、『百選』とはその表現が相当程度異なるので、もはや創作的な表現が再生されているとはいいがたいものとなっている可能性がある。そうだとすれば、著作権侵害の問題は

[72] 茶園成樹「新聞記事の要約」斉藤＝牧野編・前掲注51・184～185頁も参照。

生じないというべきである。

この例は、編集著作物にあっても、創作的な表現が再生されているか否かということが究極の問題なのであって、素材が共通しているか否かということは、それを判断する際の考慮事情となることを示している。ゆえに、著作権侵害の成否を決するに際しては、素材の選択と配列の近似度だけに焦点を当てる必要はなく、選択されている素材の近似度も考慮されることになる。特に、アイディアと表現の区別が後続の創作の自由を確保するところにあるとすれば、素材の選択と配列は類似しているが、素材自体は異なる場合には、アイディアのみが共通しているに過ぎないとして、後続の創作の自由を確保する必要があることがありうるのに対し、素材までもが似ている場合は、そこまで著作権の保護範囲にしたところで後続の創作者に残された選択肢は豊富であり、後続の創作者はそこまで似せる必要はないという理由で、アイディアではなく表現までもが模倣されていると評価しやすくなるといえよう。そして、その場合、アイディアか表現かということを素材の内容をも加味した素材の選択と配列の総体のレヴェルで吟味しているのであるから、あくまでもその総体として創作的表現が共通していれば足り、個々の素材の近似度は必ずしもそれ自体として単独で創作的表現の共通性の程度にまで達している必要はないと解される（このような総体的な判断で侵害が肯定された事例として、後述する東京高判平成7.1.31判時1525号150頁［会社案内パンフ］）。

3　本件への当てはめ

1）当てはめの手法

以上が著作権侵害に関する類似性要件の原則である。この理を本件に当てはめるとどうなるか。

原告作品と被告作品の類似性を判断する際には、既述したように、多面的なレヴェルで侵害の成否を検討することが可能であるが、本稿は、特に本件では、原告作品と被告作品の画面の遷移の共通性が、その個別画面の共通性とあいまって、創作的表現の再生とみなしうると考えている。そこ

で、作業を効率化するために以下の叙述ではこのレヴェルの創作的表現の共通性に絞って検討を進めたい[73]。

２）共通要素の確定

まずは画面遷移と個別画面に関する共通性に主眼を当てて、原告作品（「釣り★スタ」）の創作的要素と被告作品（「釣りゲータウン２」）の共通要素をあぶりだしてみよう。

原告作品と被告作品を比較する際には、既述したように、共通要素の確定は需要者の視点で行うことが肝要となる。そして、画面の遷移に関しては、全ての画面が同程度に意味を持ってくるものではなく、需要者に対しては、原告作品や被告作品というゲームを利用するに際して、ゲームを開始し終了する際にはほぼ必然的に通過することになり、また、利用時間も長くなるという意味での主要画面の遷移が訴求力を持っており、原告作品も被告作品もそのような主要画面の遷移を中心に創作されているということができる。したがって、様々なレヴェルで侵害が成立する可能性のある中で、その一つとして、上記意味での主要画面の遷移に着目する手法は正鵠を射ていると考えられる。

さて、この観点から原告作品と被告作品を見た場合、主要画面の遷移が、トップ画面→釣り場選択画面（海釣りか川釣りか）→釣り場選択画面（具体的な釣り場）[被告作品では決定キーを押す画面]→キャスティング画面→魚の引き寄せ画面→釣果画面（成功）or 釣果画面（失敗）→釣り場選択画面 or キャスティング画面［被告作品では決定キーを押す画面］への繰り返しという画面遷移が共通している。

第二に、それぞれの画面において、以下の共通性が認められる。

トップ画面ではタイトルロゴとイベント等の告知、釣りの勧誘文言、釣り場のイラスト、釣り場選択へのハイパーリンク、イベント等告知画面への複数のハイパーリンク、チーム戦の勧誘文言、イラスト、チーム戦の説

[73] このような絞り込みは、それ以外のレヴェル、たとえば個別の画面毎に侵害が成立する可能性などを否定するものではない。ただ、本文で述べたレヴェルで侵害の成立を肯定しうると考える以上、それを超えた検討の必要性を認めなかったというに過ぎない。

明へのハイパーリンク、ユーザーの紹介項目、問い合わせ等へのハイパーリンク、ショートカット一覧が選択され、この順で上から配列されていることが共通している。

釣り場選択画面では、表題の下、釣り場のイラスト、各釣り場のキャスティング画面へのハイパーリンク、「釣りの準備をする」との表題の下、釣り具、ショップ、ヘルプ、攻略法へのハイパーリンク、「釣り場情報」との表題の下、各釣り場情報、釣り場毎の小項目内の釣り場イラスト、釣り場名称、キャスティング画面へのハイパーリンク、ユーザーランキングへのハイパーリンク、攻略掲示板へのハイパーリンク、雑談掲示板へのハイパーリンク、ショートカット一覧が選択され、この順で上から配列されていることが共通している。

キャスティング画面では、釣り人の姿がなく、キャストする目標を指示するマークの動きと、ユーザーが決定キーを押すと釣り竿を振るアニメーションが動作し、釣り針がその箇所にキャストされる点が共通しているほか、原告作品の海の釣り場のキャスティング画面と被告作品のキャスティング画面とでは、やや斜めの目線で、空、水面、立ち位置が配列され、原告作品の川の釣り場のキャスティング画面と被告作品のキャスティング画面とでは、水面に魚影が現れ、キャストするとウキが表示され、魚が釣り針に食らいつくとウキが沈み、魚が釣り針にかかると、それを記す文言が画面中央に表示される点が共通している。

魚の引き寄せ画面では、真横から見た水中の様子を描写し、画面のほぼ中央から三重の同心円を示し、その大きさが画面の約半分を占めること、魚と釣り糸が黒色の魚影と口から伸びる直線の影で示されていること、背景が薄暗い青系統の色彩で彩色され、画面下部に岩陰が描かれているが、水草や他の生物等は描かれていないこと、釣り針にかかった魚影のみが、頻繁に向きを変えながら水中全体を動き回ること、そして、同心円と魚影の位置関係によって釣り糸を巻くタイミングを示している等々が共通している。

釣果画面（釣り上げ成功時）では、釣り上げた魚の情報、ユーザーの釣果記録を示す魚のイラスト、名前、大きさ評価を表す☆印、ユーザーの獲得ポイント、今日の獲得ポイント、その順位とランキングへのハイパーリンク、獲得ポイント総数、その順位とランキングへのハイパーリンク、直

前まで釣りをしていた釣り場のキャスティング画面、魚拓をとる画面、釣り場選択画面、釣り具、ショップ、攻略法へのハイパーリンク、釣り場の情報として表題の下、攻略掲示板、雑談掲示板、釣り場のランキングへのハイパーリンク、ユーザーが釣り上げた魚に関するランキングとして、表題の下、当該種類の魚で最大のものを釣り上げたユーザーの情報（アバター、名前と当該ユーザーの日誌へのハイパーリンクと段位)、魚のサイズと当該種類の魚についてのランキングへのハイパーリンク、ショートカット一覧が選択され、この順で上から配列されていることが共通している。

釣果画面（釣り上げ失敗時）では、表題、？印を中央に付した魚影、釣り上げに失敗した魚の種類と大きさの表示、直前まで釣りをしていた釣り場のキャスティング画面、釣り場選択画面、釣り具、ショップ、攻略法へのハイパーリンク、その他（釣果画面（釣り上げ成功時）と同様）が選択され、同様の順で上から配列されていることが共通している。

３）共通要素は創作的表現か否か

既述したように、著作権侵害が肯定されるためには、これらの共通要素が創作的な表現であることが必要である。

第一に、創作性の点は、既述したように、原告作品の主観的創作性、すなわち原告作品の創作者が接した既存の著作物とは異なる表現を用いたか否かで決定される。そして、原告作品より前の既存の釣りゲームに、これら共通要素にかかる画面遷移と個別の画面表示を持ったゲームが存在しないとすれば、創作性は容易に肯定されよう。

第二に、表現であること、換言すれば、アイディアでないことに関しては、既述したように、創作者の視点から、どの程度、創作の際に選択の幅が残されているかという基準で決定されることになる。この場面では、原告作品に対する被告作品程度の乖離度まで著作権の保護範囲に含めた場合には、創作の自由が過度に害されるかという規範的な判断が決め手となる。

この観点から本件を検討した場合、あるいは、本件の主要画面の遷移を、各々の画面表示の類似度から切り離して独立に観察した場合には、トップ画面→釣り場選択画面（海釣りか川釣りか）→釣り場選択画面（具体的な釣り場)[被告作品では決定キーを押す画面]→キャスティング画面→魚の

引き寄せ画面→釣果画面（成功）or 釣果画面（失敗）→釣り場選択画面 or キャスティング画面［被告作品では決定キーを押す画面］への繰り返しという画面遷移は、釣りゲームを創作する際に独占を許すべきではなく、アイディアに属するという意見がありうるかもしれない。

この点に関しては、本稿は、そもそも本件において個別の画面表示の共通性から切り離して、画面遷移の共通性を単独で評価しなければならないものではないと考えている。既述したように、創作的表現の共通性は様々なレヴェルで成立するところ、素材の選択や配列に創作性が認められるからといって、個別の素材の中身を見てはならないとする理由はなく、むしろ、素材の選択や配列の共通性とともに、素材の共通性をも合わせて創作的表現といえるか否かということを吟味することがありうると考えられる。元来、いかなる著作物にあっても素材の選択や配列はなされているのであって（本稿も然り、『著作権法概説』も然り）、その際に何が素材で、何がその選択や配列かということをうるさく区別することなく、総体で創作的表現か否かということを吟味するのが、これまで裁判例や多くの学説がなしていた著作権侵害の成否を判断する作業であったはずである。そして、本件においては、画面の遷移という意味での素材の選択や配列の共通性ばかりでなく、個別の画面の共通性も合わせて、総体としてそれが創作的表現といえるか否かと考えることは当然に許されて然るべきものである。

そして、アイディアと表現の区別の法理の目的が後続の創作の自由を確保するところにある以上、画面の遷移ばかりでなく個別の画面まで本件ほどに似せなくとも、十分に釣りゲームは創作しうるとすれば、後続の創作者は被告作品ほどまで原告作品に似せる必要はなく、ゆえに本件ではアイディアではなく表現までもが共通していると評価することができると考える。かえって、本件程度にまで類似している被告を著作権侵害の責任から免責してしまう場合には、ゲームという著作物の創作のインセンティヴに多大な支障を来すことになろう。

結論として、本稿は、原告作品と被告作品は創作的な表現を共通にしており、著作権侵害を肯定すべきほどに類似していると考える次第である。

4　従前の裁判例との関係

1）序

以上のような創作的な表現の共通性要件の本件に対する当てはめに関する結論は、従前の同種の事案に対する関連裁判例の動向にも沿うものと考えている。

紙幅の都合上、著作権侵害事件に関する裁判例の包括的な検討は他に譲り[74]、本件に関係する限度で従前の裁判例を俯瞰することにしよう。

2）サイボウズ事件・PIMソフトウェア事件

ビジネスソフトウェア（前者）ないし個人用スケジュール管理ソフトウェア（後者）の表示画面とその遷移に関して著作権侵害が問題とされた事件として、東京地判平成14.9.5判時1811号127頁［サイボウズ］[75]、東京地判平成15.1.28判時1828号121頁［PIMソフトウェア］[76]がある。いずれも、著作権侵害が否定されているが、以下に見るように、ソフトウェアの性質に規定されているところが共通しているに過ぎず、そのような制約がないところでは共通性が認められなかったという事件であり、本件とは事案を異にしており、先例とはならないと考える。

具体的には、前者のサイボウズ事件の原告ソフト「サイボウズoffice2.0」と被告ソフト「i office 2000バージョン2.43」は、スケジュール管理機能を中心としたグループウェア用のビジネスソフトウェアであった。両者は、その表示画面に関し、カレンダー形式を採用している点や、プルダウンメニューでグループを切り換える点等が共通していたが、これらは判旨が指

---

[74] そのような包括的な裁判例の検討として、田村・前掲注6・58～107頁、荒竹・前掲注55・344～447頁。特に本件に関わる絵画的に表現された著作物の保護範囲に絞った包括的な裁判例の検討として、津幡／前掲注55・103～106頁、比良／前掲注27・127～145頁、丁／前掲注29・235～278頁、文章の著作物の侵害事件につき、山根／前掲注55・231～248頁、渡部俊英［判批］知的財産法政策学研究28号（2010年）、比良／前掲注55・320～378頁。本文で掲げた本件関連裁判例の抽出はこれらの検討作業に負うところが大きい。

[75] 田村／前掲注28。

[76] 小林基子［判批］知的財産法政策学研究2号（2004年）。

摘するように[77]、既存のソフトウェアで見られたものか、機能に由来して性質上、そのように表記されるものばかりであって、いずれも創作的表現に該当しないものばかりである。また、画面の選択配列に関しても、両ソフトは、スケジュール、行き先案内板、掲示板、施設予約、共有アドレス帳、ToDoリストの各アプリケーション、共通設定メニューの範囲では共通性が認められるものの、これまた判旨が指摘するように[78]、グループウ

[77] 代表例に関する説示を紹介しておくと、「原告ソフトの画面と被告ソフトの画面との間には、いくつかの共通点が存在するということはできるが、そもそもプルダウンメニュー自体は、従来から既にウィンドウズ等のOSや各種のビジネスソフトウェアの表示画面において多用されているものである。ユーザー、グループ、グループ構成員の予定を週間カレンダー上に並べて表示したという点にしても、このうち、グループとグループ構成員の予定を別欄として並べて表示した点は、グループ全体の行事と各構成員の予定とを構成員全員に周知させる目的のスケジュール管理ソフトウェアとしては当然の構成であり、このような表の構成は、コンピュータ使用以前から黒板やホワイトボードを用いた表示板において行われていたものでもある。ユーザー自身の予定欄を冒頭に配置した点も、ユーザー各人による利用を前提としたソフトウェアとしては、当然の構成である。また、『▲』『▲▲』のボタン表示は、テープレコーダー、CD再生機などの電気機器において、従来から『走行』や『巻き戻し』『早送り』あるいは『次曲に移動』『前曲に移動』を意味するボタン表示として用いられていたものであって、これをソフトウェアにおける表示画面の切替えに用いている点も、格別目新しいものとはいえない。

上記によれば、被告ソフトの表示画面には、原告ソフトと共通する部分も少なくないが、それらは、スケジュール管理ソフトウェアとしての機能に由来するものであって、いずれもアイデアないし機能を実質的に同一にするとはいえても、その具体的な表現方法を対比したとき、表現上の創作的特徴を共通するということはできない。

また、被告ソフトにおいては、原告ソフトにないリンク機能を有することに伴い、画面の上下に配された薄赤色ボードの中に『個人・一日』『個人・週間』『個人・月間』『グループ・一日』等のボタンが配置されたり（アイオフィス2.43）、これらがタブ画面を用いて配置されたり（同3.0）しており、各欄の色付けの仕方も原告ソフトのそれとは異なっている。これらの相違点が存在する結果、表示画面全体を見る者が受ける印象は、相当異なっている。」

[78] いわく、「原告ソフトと被告ソフトにおいて共通するアプリケーション、すなわち、①スケジュール、②行き先案内板、③掲示板、④施設予約、⑤共有アドレス帳、

ェアのビジネスソフトウェアの機能上、要請される配列であるに止まり、さらにいえば、たとえば、グループ週間表示画面の1階層下において、原告ソフトが設定画面、個人月間表示画面、グループ1日表示画面、個人1日表示画面の画面間を直接遷移することができないのに対して、被告ソフトは、それぞれの画面間を互いに直接遷移できるなど、基本的な画面の配列においてすでに異なるところが存在していた[79]。

後者のPIM事件において原告が販売していた「Pim-face ver2.0」と被告が制作販売していた「pimca ver1.0」ないし「pimca ver2.0」は、ともに個人用スケジュール管理ソフトウェアであって、PIM（Personal Information Management）ソフトウェアの一種であり、ゆえに、判旨が指摘するように[80]、

---

⑥ToDoリストの各アプリケーション及び⑦共通設定メニュー（ただし、被告ソフトにおいては異なる名称が付されているアプリケーションもある。）の範囲において見ると、ソフトウェア全体のトップページから直接リンクする1段階下の階層にこれらのアプリケーション等のトップページが設けられ、それぞれのアプリケーションの機能に応じて、①～⑦のトップページから更に下の階層の画面にリンクする点が共通する。

しかしながら、原告ソフトと被告ソフトがいずれもいわゆるグループウェアに属するビジネスソフトウェアである以上、これらのアプリケーション等を備えている点は当然のことであり、ソフトウェア全体のトップページからこれらのアプリケーション等のトップページにリンクすることも当然であって、別段特徴的なことではない。したがって、上記の点が共通するからといって、ソフトウェアとしての機能の類似性を認めることはできても、表示画面の選択ないし配列の創作的特徴が共通するということは到底できない。」

[79] これに対して、同事件の仮処分事件において東京地決平成13.6.13判時1761号131頁は、二段階テストを用いたうえで、「一見して実質的に同一の画面であるとの印象を与えるものが多い」ということを理由に、侵害を肯定した。しかし、そこで掲げられた類似点は、画面全体のおおまかな構成やアイコン表示など、アイディアとして保護されないところか、もしくは創作的な表現が共通しているとまではいえないところばかりである。二段階テストを用いた場合に陥りがちな失敗を犯してしまったということができよう（仮処分事件決定は、そこで掲げられた類似点について創作性の有無によるスクリーニングを行っていない点で問題がある旨を正当に指摘するものとして、山本隆司［判批］判時1782号210頁（2002年））。

[80] いわく、「原告製品は、PIMソフトといわれるものの一種であり、その基本的な

個人のスケジュール管理、アドレス帳、日記という機能に由来する必然的な制約があるばかりでなく、他に多くのPIMソフトウェアが存在していたという事例である。ゆえに、同事件においては、個別の画面表示として週表示画面やアドレス帳画面の類似性が争点とはされたものの、共通点はいずれ既知のものか機能上当然のもの、もしくは抽象的に失しアイディアというべきものであるとされ、具体的な配列で多々異なっているところがあることを理由に、複製ないし翻案に該当しないとされている[81]。また、画

機能は、個人のスケジュール管理、アドレス帳及び日記の３つに集約されるものと認められる。しかし、個人のスケジュール管理、アドレス帳、日記といったものについては、それぞれその機能に由来する必然的な制約が存在するものであるし、また、コンピュータの利用が行われるようになる前から、紙製の手帳、アドレス帳、日記帳といったものが存在していたのであるから、このような紙製の手帳等に用いられている書式や構成は、原告製品よりはるか前から既に知られていたものである。さらに、証拠（乙１）と弁論の全趣旨によると、他に多くのPIMソフトが存在するものと認められるから、これらのPIMソフトにおいて知られているありふれた書式や構成というものが存在すると考えられる。そうすると、原告製品の表示画面については、各表示画面における書式の項目の選択やその並べ方、各表示画面の選択・配列などの点において、作成者の知的活動が介在し、作成者の個性が創作的に表現される余地があるが、作成者の思想・感情を創作的に表現する範囲は、上記の理由により限定されているものというべきであるから、被告製品が原告製品の複製又は翻案であるかどうかを判断するに当たっては、以上のような点を十分考慮する必要があるものというべきである。」

[81] 代表例のみ掲げておく。「１ページの左側半分全体に、週の７日間を順番に縦に表示し、その部分においては、日付と曜日の右横に各日のスケジュールを記載する横長の長方形の形状の枠が設けられており、１ページの右側に、更に詳細な予定等を記載する部分が設けられている手帳は、従来からよく知られていたものと認められる。そうすると、上記共通点のうち、〔1〕、〔2〕、〔3〕のうち１週間の表示における日付と曜日は、日付が大きく上に、曜日が英語の略語表記で下に小さく配されていること、〔4〕、〔6〕のうち画面の右側下部に特定日のスケジュール又はダイアリーを表示する窓部分があることは、従来からよく知られているありふれた書式であるということができるから、これらの共通点があるとしても、複製又は翻案が基礎づけられるものではない。上記〔3〕のとおり、１週間の表示における日付と曜日が、略正方形状のボックス内に表示されており、ボックスには影が付され、ボックスが浮いて見えるようになっている点は共通するが、ボックスの形状が原告製品の場合

正方形であるのに対し、被告製品1の場合は左下が円弧状となっており、異なっている。上記〔5〕については、このボタンは、ソフトウェアの機能上必要なものであって、これが設けられていること自体は、複製又は翻案を基礎づけるものではないし、その位置は、共通しているが、ボタンの形状は明らかに異なっている上、原告製品の場合、上向き下向きのボタンの間に、表示している部分の西暦が数字で月が数字及び英語で表記されているのに対し、被告製品1の場合はこのような表記がない代わりに中央に『今日』に移行する正方形のボタンが配されている点で異なっている。上記〔6〕のうち、スケジュールとダイアリーを1つの窓で切り替えるようにしていること自体は、アイディアであるし、ボタンの位置は、共通している部分があるが、ボタンの形状は明らかに異なっている。上記〔7〕のうち、スケジュール画面でインプットボタンを押すと、スケジュール入力画面が別画面として表示され、そこで入力すると、1週間の表示の部分と特定日のスケジュールの部分の双方に表示されることは、共通しているが、入力すると、1週間の表示の部分と特定日のスケジュールの部分の双方に表示されることは、機能上当然のことであると考えられるし、入力画面の項目やレイアウトは異なっている（甲14）上、インプットボタンの位置は、共通している部分があるが、ボタンの形状は明らかに異なっている。上記〔8〕については、この表示が設けられていることやスケジュール／ダイアリー表示窓で表示の対象となっている日が1週間の表示の日付をクリックすることによって変わること自体は、アイディアである上、その位置には、共通している部分があるが、ボックスの形状が原告製品の場合正方形であるのに対し、被告製品1の場合は右上が円弧状となっており、異なっている。上記〔9〕については、ボタンを押した際に効果音が出るようにすること自体はアイディアであるが、その音も原告製品では水の泡の音に近いのに対し、被告製品1では水の泡の音とは異なっている。

以上に加えて、原告製品と被告製品1の週表示画面を対比すると、〔1〕原告製品の場合、『WEEK』、『MONTH』、『ADDRESS』、『PROFILE』ボタンが上部にあって、太陽の形状をしたマークで区切られているのに対し、被告製品1の『Weekly』、『Monthly』、『Address』、『Tool』ボタンは、左下部にあり、独立していること、〔2〕原告製品が特定の日に移行するための『GO!』ボタンを備えているのに対し、被告製品1は上記のとおり画面左端中央に『今日』に移行するためのボタンを備えていること、〔3〕原告製品はネット接続のための太陽の形状をした『SYNC』ボタンを、上部中央に備えているのに対し、被告製品1はネット接続のための社名を表示したリンクボタンを右下に備えていること、〔4〕被告製品1では、『pimca bar』が上部に配され、時間表示と共に直近の予定が書き込まれている場合には、それを表す文字が流れるようになっており、その左には、クリックすると、被告ビットギャングのサイトにリンクするボタンがあるが、原告製品はこれらを備えていないこと、〔5〕原

面の遷移についても、週表示画面、月表示画面、アドレス帳画面、プロフィール画面［被告製品ではツール画面］の４つが選択され、相互に移動可能とされている等の共通点が存したが、４つの選択自体は紙手帳において既知であり、移動可能であることはこの種の製品が当然に有すべき機能であるとされ、やはり複製ないし翻案に該当しないとされている[82]。

告製品の場合、右下に４つのシールボタンが表示されているのに対し、被告製品１はこれを備えていないこと、〔6〕年月の表示位置が、原告製品の場合、上記のとおり左側であるのに対し、被告製品１は、月が中央上部に、西暦が左上に表示されていること、〔7〕原告製品の場合、『SCHEDULE』、『DIARY』ボタンと並んで『MESSAGE』ボタンがあるのに対し、被告製品１の場合はこれに対応するボタンがないこと、〔8〕被告製品１は、左側の１週間の表示部分に背景画像が透けて見えているのに対して、原告製品では、そのようなことはないこと、〔9〕被告製品１では、右側のスケジュール／ダイアリー表示窓の上に枠で囲まれた部分があり、そこにユーザーが画像を貼り付けるなどすることができるが、原告製品には、このような窓はないこと、以上の点で異なっている上、画像の絵（背景画面に表示されている女優等）も明らかに異なっている。」

[82] 代表例のみ掲げておく。「原告製品全体と被告製品１全体とを対比すると、〔1〕原告製品の表示画面は、週表示画面、月表示画面、アドレス帳画面、プロフィール画面の４つであり、被告製品１の表示画面は、週表示画面、月表示画面、アドレス帳画面、ツール画面の４つであり、いずれも表示画面が４つであること、〔2〕このうち週表示画面、月表示画面、アドレス帳画面が共通すること、〔3〕これら画面は相互に移動可能であること、〔4〕背景画面を変更することができること、〔5〕起動すると起動画面の後に週表示画面が表示されること、〔6〕画面の大きさ、以上の点が共通する。

しかし、上記〔1〕〔2〕については、証拠（乙８の１ないし５）と弁論の全趣旨によると、週表示、月表示、アドレス帳、ツールという構成は、従来の紙製の手帳にもあった構成であると認められる上、上記認定のとおり原告製品の週表示画面とアドレス帳画面は、被告製品１のそれらを複製又は翻案したものとはいえないし、下記のとおりその余の表示画面についても、被告製品１は原告製品を複製又は翻案したものとはいえない。上記〔3〕は、この種の製品が当然有すべき機能であるし、〔4〕については、証拠（乙１）と弁論の全趣旨によると、背景の画像のみの切替えは、ウィンドウズやマッキントッシュのOSにおいて見られる上、他のスケジュール管理ソフトにおいても見られるものと認められる。上記〔5〕についても、特に原告製品に特徴的な事項とは考えられないし、上記〔6〕については、限られた画面の中に

これらの事件に対して、本件の原告作品と被告作品の共通要素は、他の釣りゲームにはない特徴であって、釣りゲームにおいて、スケジュール管理等の効率性を追求する機能に由来する必然的な特徴に匹敵するようなところのみが共通しているわけではない、なかんずく個別の画面においては似せる必要がないところまで多々、共通点が認められるのであるから、同判決の射程は本件には及ばないといわざるをえない。

3）会社案内パンフ事件

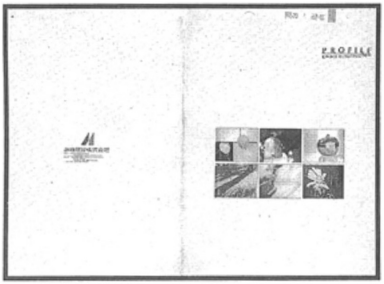
むしろ本件の先例として最もふさわしい裁判例は、会社案内用のパンフレットについて、頁のテーマの選択と配列（頁の遷移）と、絵画的な要素の強い個別頁のレイアウトの印象の共通性を合わせ考慮して著作権侵害を肯定した東京高判平成7.1.31判時1525号150頁［会社案内パンフ］[83]である。

この事件には、会社案内の企画に関して原告と被告が何度か交渉をなした結果、ラフ案として原告著作物が被告に提示された後で、見積金額が高いことを理由に被告が制作を依頼しない旨、原告に通告した後、被告著作物が作成されたという経緯があった。被告著作物の作成に際しては、原告のラフ案を流用したと認定されていることからも察せられるように、両著作物は表紙から始まって22頁に至るまで総計23頁にわたって、各頁のテーマが共通しているばかりでなく、個別の頁のレイアウトも（個別の頁自体を個々的に比較する分には著作権侵害を肯定しうるまでの類似性はないとしても）抽象的にはよく似た印象を与えるというものであった[84]。

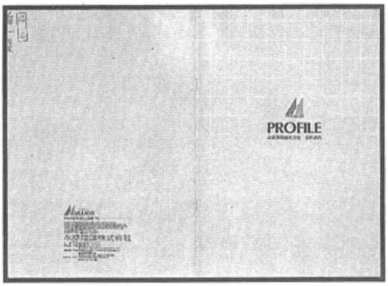
同じような項目を配置しようとすれば、大きさが似ることはやむを得ないものといえる。」

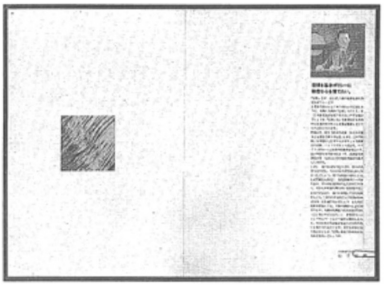
[83] 伊藤真［判批］iMagazine 2号（1996年）、蘆立順美［判批］法学61巻4号（1997年）。

[84] 伊藤／前掲注83・89～90頁に主たる頁の対比写真が付されている。この判決の意義、射程を考察するうえで極めて重要な資料であるので以下に再掲した。



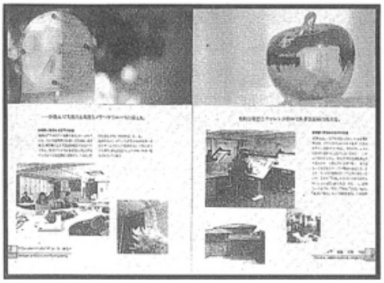
左：原告会社案内表1、表4
下：被告会社案内表1、表4



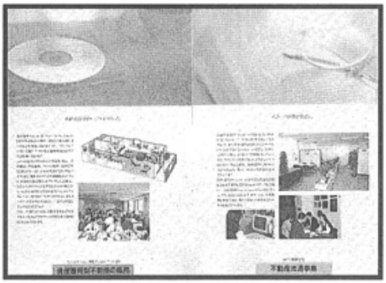


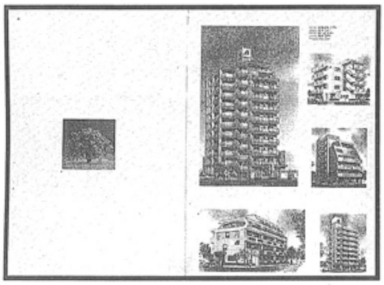
左：原告会社案内1頁、2頁
下：被告会社案内1頁、2頁

左：原告会社案内3頁、4頁
下：被告会社案内3頁、4頁

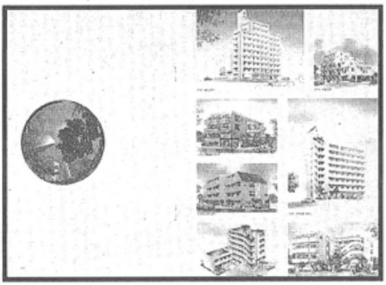


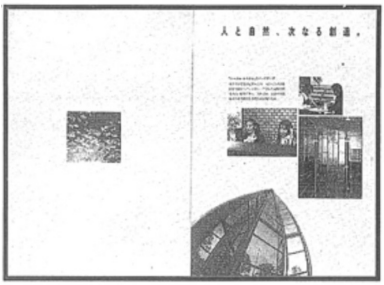
左：原告会社案内5頁、6頁
下：被告会社案内5頁、6頁



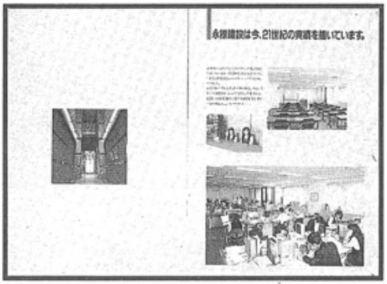


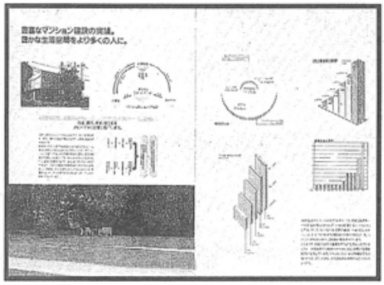
左：原告会社案内11頁、12頁
下：被告会社案内11頁、12頁



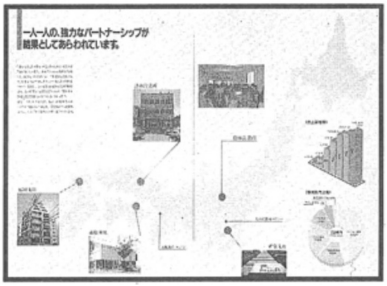


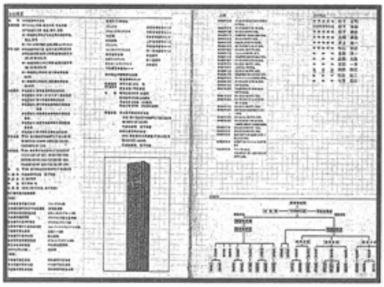
左：原告会社案内17頁、18頁
下：被告会社案内17頁、18頁



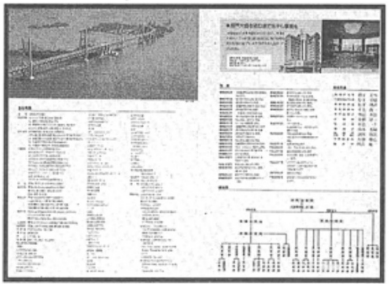


左：原告会社案内19頁、20頁
下：被告会社案内19頁、20頁





左：原告会社案内21頁、22頁
下：被告会社案内21頁、22頁



原判決の東京地判平成6.3.30平成６（ネ）1610［会社案内パンフ］は、各頁のテーマとレイアウトが似ていることは認めたものの、使われている写真やイラスト、記事という素材が異なるということを理由に、著作権侵害を否定した[85]。しかし、控訴審の前掲東京高判［会社案内パンフ］は、テーマ

[85] いわく、「原告会社案内と被告会社案内とは、各頁ごとのテーマやレイアウトにおける類似性がかなりの頁において認められるものの、その素材である写真、イラスト及び記事については基本的に全く異なる素材を用いているものであることが認められる。そして、編集著作物の保護は、素材の選択及び配列についての抽象的なアイデアを保護するものではなく、編集著作物に具現化された素材の選択及び配列についての具体的な表現を保護するものであることからすると、素材が全く異な

を同じくする頁の配列が共通しているばかりでなく、各頁自体の「印象」も共通していること[86]を合わせ考慮して侵害を肯定している。両会社案内の「記事内容の配列及び各種記事に対する配当頁数の同一という基礎的な共通性」を基礎としつつ、「同一頁の同一箇所におけるイメージ写真の選択及び特徴的イメージ写真（三、四頁）の強度の類似性並びに同一頁及び同一箇所における余白ないし白地部分の活用といった両会社案内を特徴づける構成の類似性」を加味した場合には、「これを単なるアイデアの共通性に過ぎないというのは相当ではない」というのである[87]。両会社案内

るものについて、編集著作物の著作権が及ぶものと解することはできないものであり、原告主張のような素材の配列についてのアイデアの共通性ないしはレイアウトの類似性についてまで編集著作物の保護の範囲を拡大するのは相当ではない。」

[86]「印象」の共通性を認定している部分を抜いておくと、「三、四頁の部屋のイメージ写真についてみると、両者にはその大きさや室内に置かれた物品、窓の形状や射し込む陽光の形状等において前記認定の差異があるものの、両者は、画面構成上最も広い範囲を占めるとともに中心に位置して、見る者に最も強く訴える茶系色をしたフローリング葺きの床の形状とこれに接続する窓のある白い壁及び右床に射し込む陽光の配置において酷似しているため、これらの基本的な構成要素が優しさと簡素という共通する印象をもたらすものであって、前記の差異はこのような印象の共通性を何ら妨げるものではないというべきである。さらに、五頁ないし一〇頁のイメージ写真についてみると、両者は事業部門の配列において若干の相違はあるものの、両者共、見る者に前記のような強い印象を与える三、四頁に続くもので、かつ、同一頁にわたり、しかも、右各頁の殆ど同一の場所に配置されていて、その下方に記載された記事及び写真も類似したものであるということができる。確かに、両者のイメージ写真の被写体自体は異なるものであるが、両者はイメージ写真を選択した点においてまた、両者共、日常的な物品を被写体とする点でも（この点は前掲甲第一号証及び同乙第一号証を対比すれば明らかである。）共通する上、両者共イメージ写真であるが故に、その与える印象は優しさないしは柔らかさといったものであり、被写体自体の差異は、これを見る者に対して、右のような印象を大きく異ならせるに足る程のものではないというべきである。」

[87] いわく、「両会社案内は、記事内容の配列及び各種記事に対する配当頁数の同一という基礎的な共通性に立脚した上で、同一頁の同一箇所におけるイメージ写真の選択及び特徴的イメージ写真（三、四頁）の強度の類似性並びに同一頁及び同一箇所における余白ないし白地部分の活用といった両会社案内を特徴づける構成の類似性からみて、具体的な素材の選択及び配列に強度の共通性があるのであって、こ

の全体の配列とともに、個別頁のレイアウトの近似性が合わせ考慮されて、侵害が肯定されることとなった事件であると理解することができる[88]。

さて、会社案内である以上、自ずから全体の構成は、代表者の挨拶から始まって、会社の業務の解説、主たるサービスの紹介、実績のデータ等、似たようなテーマが選択されるものであり、かりに本件で、テーマの配列のみが似ているに過ぎず、個別のレイアウトを異にしていた場合にまで著作権侵害を肯定してしまうと、後続の創作者がじきに会社案内の筋書きの選択に窮するような事態を招来することになったかもしれない。他方、個別の頁を見ても、個々的には「印象」は似ているとしても、この程度の「印象」の共通性で著作権侵害を肯定していたのでは、やはりイラストの制作に多大な支障を来すことであろう。ゆえに、会社案内の配列も、個別頁のレイアウトの印象もそれぞれ単独で評価する場合には、いずれもアイディアに止まり、いまだ表現に達していないと理解すべきものであろう。

しかし、他方で、それぞれ単独では著作権侵害を基礎付けることができない会社案内の配列も、個別頁のレイアウトも、同事件のように23頁もの印象の共通性が連続する場合には、これに対して著作権を及ぼしめたとしても、後続の創作者には広範な選択肢が残ることに変わりはなく、ゆえにそこまでの共通性に対してまでアイディアであると評価する必要はない。かえって、このように近似しているものまで侵害から免れしめた場合には、著作権がインセンティヴとして機能しないことになりかねない。

ゆえに、本件で著作権侵害を認めた控訴審は正当な判断を示したものと

れを単なるアイデアの共通性に過ぎないというのは相当ではなく、これによれば、両会社案内の間に編集著作物としての同一性が存することを肯定して差し支えがないというべきである。

確かに、両会社案内を子細に検討すると、前記認定の表及び裏表紙の構成の差異があり、また、前掲甲第一号証及び同乙第一号証によれば、例えば、過去の事業実績等を示す写真等に端的に見られるように個々の写真や文章が相互に異なることは明らかである。しかしながら、これらの写真や文章はいずれもこの種の会社案内に見られる常套的な表現手段であって、これらの差異が、前述したような共通性に基づく両会社案内の顕著な類似性を越えて両者の同一性を損なう程のものとまで認めることは到底できないというべきである。」

[88] 伊藤／前掲注83・90頁。

いうことができる。そして、まさにこのような頁の配列（ないし主要画面の遷移）の共通性と、個別頁（ないし個別画面表示）の印象の共通性とを合わせ考慮して著作権侵害を肯定すべき事件として、会社案内控訴審判決は本判決の先例と目すべき裁判例だということができる[89]。

4）その他

ゲームの著作権侵害が争点となった東京高判平成16.11.24平成14(ネ)6311［ファイアーエムブレム］では、原告が著作権を有するゲームソフト「ファイアーエムブレム　トラキア776」と被告が制作販売する「ティアリングサーガ　ユトナ英雄戦記」（旧称「エムブレムサーガ」）との間での類似性が否定されている。

しかし、両者のストーリーは「亡国の少年王子が、ペガサスユニット、ドラゴンユニット、魔道士ユニット等も登場するファンタジーな世界を背景とし、架空の大陸における架空の小王国、小公国、小領主国間の戦乱を舞台として、戦闘等を行って仲間を増やし、成長させ、敵側を制圧する。」というおおまかな「概要」において共通しているに止まり、その具体的な展開は、原告ゲームソフトが「敵国に滅ぼされた小国レンスターの王子リ

[89] なお、各種学校やその講座内容等の広告情報を掲載した情報誌として原告編集発行にかかる「ケイコとマナブ」と、各種学校情報、講座情報の広告を掲載した情報誌として被告が発行する「ヴィー・スクール」の類似性を否定した判決として、東京地判平成16.3.30平成15(ワ)285［ケイコとマナブ］、東京高判平成17.3.29平成16(ネ)2327［同］があるが、共通している要素は、「スクール名、住所、最寄駅、コース名、地図などの読者が当然に必要とする情報を誌面に割り付ける際の方針」が共通しているに過ぎず、その具体的配列は異なっており（控訴審）、また、素材は原被告それぞれが自己の広告主から出稿を受けたものを掲載するものであって各々異なる（原審）とされたり（被告「カテゴリー別スクール情報」が原告「分野別モノクロ情報ページ」を侵害しないとされた論点に関する説示）、「ツメ見出し」や「カプセル」を用いて分類することはアイディアである等とされた判決である（なお、通学アイコン一覧表、通信アイコン一覧表は、認定の問題として、アイコンの選択、配列に創作性があるということはできないとされている）。共通要素は、大枠としての配置方針や見出しの付し方などより抽象的なところであって、具体的な頁や画面の配列までもが共通していた会社案内事件や本件とは異なり、素材も異なるとされているのだから、本件に対する先例とはなりえないものであった。

ーフは、騎士フィンらとともに、北トラキアの支配権を手に入れたグランベル帝国などの追手をかわしながら、トラキア地方東部のフィアナという小さな村の女城主エーヴェルの庇護のもとで成長していた」というところから始まって、「主人公リーフは、『第１章　フィアナの戦士』において、15歳にして祖国奪還のために立ち上がる意思を表明し、その後、主人公とその仲間は、主人公が捕虜になったり、上記エーヴェルが石化されたり、信頼する軍師が戦死するなどの出来事を乗り越えて、レンスター城の奪還を果たし、最終章では、敵軍の居城において敵将を倒して、北トラキアを敵軍から解放することになる」というものであったのに対して、被告ゲームソフトは「主人公リュナンはかつてリーベリア大陸に存在した４王国の一つであるリーヴェ王国のラゼリア公国の公子であるが、敵であるカナン王国と邪神ガーゼル教団が連合してできたゾーア帝国に祖国を奪われ、親友であり海賊の長であるもう一人の主人公ホームズとともに、祖国奪還の兵をあげる。リュナンとホームズは、それぞれの部隊を率いて行動し、リュナン隊は、祖国奪還を目指して帝国軍と戦い、ラゼリア公国を奪還し、リーヴェ王国を制圧した後、カナン王国との和平を実現する。ホームズ隊は、魔物、海賊、蛮族、魔竜等と戦いながら、リュナンを側面援助する。リュナン隊とホームズ隊は、何度か合流し、部隊編成等を行い、最後には、ガーゼル教国の神殿最深部の祭壇で再会し、復活した邪神ガーゼルを打倒する」というものであって相当程度に異なっていた。

これに対して、原告は、両ゲームは、「プレイヤーが『戦闘マップをプレイする場面』をプレイした際に、ディスプレイ上に現れるプレイの遊戯内容を通じて感得されるものであり、プレイヤーに非常に強い感情移入を起こさせるもの」と原告が主張するところの「本質的ストーリー」において共通すると主張したが、裁判所によって、プレイヤーが強く感情移入するか否かは人それぞれであり、没頭する理由も様々であることを理由に抽象的かつ曖昧であって、具体的かつ一義的に把握できないとされている[90]。

[90] いわく、「しかしながら、控訴人らが主張する『本質的ストーリー』は抽象的かつあいまいなものであり、甲442や494（いずれも控訴人イズの開発部担当者作成の陳述書）を精査しても、具体的な影像表現、ユニット、ストーリーなどとは別に『本質的ストーリー』の意義内容を具体的かつ一義的に把握することはできない。もと

また、原告は、両ゲームの登場ユニットは、「〔1〕主人公、〔2〕ペガサスに乗るユニット、〔3〕ドラゴンに乗るユニット、〔4〕馬に乗るユニット、〔5〕踊れるユニット、〔6〕アーマーユニット、〔7〕盗賊ユニット、〔8〕魔道士ユニット、〔9〕杖を使うユニット、〔10〕斧を使うユニット、〔11〕剣を使うユニット、〔12〕弓を使うユニット」に分類することができ、これが共通していると主張したが、裁判所によって、当該12の分類で両ゲームに登場する全ての登場ユニットを合理的に分類しうるものではないとされている[91]。要するに、両ゲームの様々な抽象的な要素から、原告に有利な要素のみを恣意的に抽出して共通すると主張したとしても、著作権法上は考慮しないという趣旨であろう。個々的には創作的表現たりえない抽象的な要素が作品全体ないしはその一部に散在している場合、他の要素を無視してかかる抽象的な要素のみの共通性を主張したところで、著作権侵害の類似性を基礎付けることができないことは当然であろう[92]。

さて、このファイアーエムブレム事件に対して、本件は、ストーリーの抽象的な概要が共通するに止まるわけではなく、そもそも主要画面の遷移が共通している点で区別することができる。そして、ここにいう「主要画

より、ゲームソフトは一定の需要者集団を想定して、難易度が設定されているが、ゲーム全体の難易度のバランス自体を、著作権法上保護されるべき表現と認めるのは困難であり、当該ゲームソフトをプレイした結果、プレイヤーが当該ゲームソフトに強く感情移入するかどうかは、プレイヤー側の当該ゲームへの嗜好や熟練度にもよるのであり、当該ゲームに没頭する場合も、その理由はプレイヤーにより様々であると考えられる。したがって、プレイヤーに感得され、強い感情移入を起こさせるものとして『本質的ストーリー』なるものを、裁判規範を充填する明確かつ具体的なものとして把握することは困難であり、このように漠然とした『本質的ストーリー』なるものに表現性を認めることは躊躇せざるを得ない。」

91 いわく、「しかしながら、証拠を総合しても、両ゲームに登場するユニットを控訴人らの主張する12種類によってすべて合理的に分類することができるとは認めることができない。控訴人らの分類方法は、統一的でかつ合理的な基準（例えば、使用する武器による分類）によるものではなく、一人のユニットが複数の武器を使うことも可能な上、両ゲームの攻略本や取扱説明書にも控訴人らの主張を裏付けるに足る記載は存在しない。」

92 このように位置付けることができる他の判決として、東京地判平成16.2.24平成15(ワ)25535［七人の侍］、知財高判平成17.6.14判時1911号138頁［同］。

面」はけっして恣意的に選び採ったものでも、プレイヤーの感情移入や没頭の度合によって変化するものでもなく、ゲームの利用者が著作物を利用する以上（ゲームをプレイする以上）、必然的に通過しなければならない画面という意味で客観的に一義的に画定するものである。そして、こうして画定された主要画面の全域にわたって、その遷移と各画面表示に共通性が認められる。断片的に抽象的な要素を恣意的に選択して共通すると主張されたに過ぎないファイアーエムブレム事件とは事案を異にしており、同判決は本件に対する先例とはなりえないといえよう。

5）小括

本件と同様に、（ゲームそのものではないが）ソフトウェアについて個別の画面表示と画面の遷移の類似性が争点とされたサイボウズ事件とPIMソフトウェア事件があり、そこでは著作権侵害が否定されているが、いずれもスケジュール管理ソフトウェアという著作物の性質に規定された要素が共通していたに止まり、そのような性質の制約とは無関係の共通する必要がないところまで共通していた本件とは区別される。

その意味で、本件の先例は、むしろ、ソフトウェアの事件ではないが、個別の頁の共通性とその配列があいまって総体として侵害が認められたと考えるべき会社案内パンフ事件に求めるべきである（他方、素材が異なっている点でケイコとマナブ事件とは区別される）。なお、ゲームソフトについて種々の特徴の共通性が主張されたにもかかわらず著作権侵害が否定されたケースとしてファイアーエムブレム事件があるが、著作権を主張する者の著作物の多数の要素がある中から、いまだ具体的とはいいがたい抽象的な要素が恣意的に選択されたうえ、そこが被疑侵害者の著作物と共通していると主張された事件であり、需要者が著作物を利用する際に必然的に通過することになる主要画面の全てにおいて各画面とその遷移に共通性があると認められる本件とは区別される。

以上の理由により、従来の類似事件に対する具体的な裁判例の結論に照らしても、本件の被告作品は原告作品の著作権の保護範囲に属する侵害作品というべきであると思料する。

Ⅳ　結び

著作権の保護範囲に関しては、最判平成13.6.28民集55巻4号837頁［江差追分］によって、「創作的な表現の共通性」が基準（の一つ）となることが明らかにされたが、枕詞として最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁［パロディ］の「本質的な特徴の直接感得性」に言及したことは、その後に解釈の余地を残すことになった。そして、前掲最判［江差追分］をどのように理解するのか、「本質的な特徴の直接感得性」に独自の意義を認めて、創作的表現の共通性を越えて、その周辺部分をも比較対象に取り込んで侵害の成否を決する立場を採用するのかということは、2007年の著作権法学会における中心的なテーマとされており[93]、2009年の著作権法学会でもその一部で再び取り上げられるなど[94]、大きな関心を呼び起こしている。そのような中、本件控訴審判決は、前掲最判[江差追分]の調査官を担当していた髙部眞規子判事が裁判長を務めた事件であるために、今後、相当の影響力を発揮することになるかもしれない。

しかし、「まとまりのある著作物」あるいは「作品」という新たな概念を持ち出し、その定義もなさないままに、侵害の範囲を決する基準に組み込もうとする同判決の抽象論は、理論的に未完成なものを含んでおり、不必要に混乱をもたらすものといわざるをえないように思われる。前掲最判［江差追分］の説示は、歴史的な文脈に従って、創作的表現の共通性一元論であると理解すれば足り、それが創作的表現の保護を謳う著作権法2条1項1号の趣旨に適う。類似性の要件に関する素材と配列に関する相補的な取扱いを含めて、今後の議論の展開に本稿が何がしかの寄与を果たしうることを期待して結びとしたい。

---

[93] すでに紹介した、髙部／前掲注24・著作権研究、上野／前掲注6はその際の個別報告に基づいた論文である。学会シンポジウムの質疑応答の記録である［討論］著作権研究34号112～113頁（2008年）も興味深い。

[94]「討論」著作権研究36号112～113頁（2010年）。

［付記］本稿は、本件の第一審係属中に原告からの依頼に基づいて提出した鑑定意見書（主として［判批］Ⅲに対応）、および、控訴審判決を受けて、やはり原告（上告人）からの依頼に基づいて上告審に対して提出した鑑定意見書（主として［判批］Ⅰに対応）に基づき作成したものである。特に［事実］と［判旨］欄に関しては、北海道大学法学研究科元研究生の蘭蘭さんのお手を煩わせた。また、元となった鑑定意見書の執筆に際しては、岩倉正和先生、櫻庭信之先生　洲桃麻由子先生を始めとする西村あさひ法律事務所の弁護士の先生方、そして立教大学教授の上野達弘先生から多くのご示唆を賜った。記して感謝申し上げる。もちろん、本稿に誤りがあるとすれば、それはひとえに筆者の至らなさに起因するものである。